

**Titel:**

**Berufung, Gutachten, Hinterlegung, Widerspruch, Streitwert, Mangelbeseitigung, Auslegung, Vollstreckung, Mangel, Erstattung, Beweislast, Feststellung, Zahlung, Vereinbarung, Kosten des Rechtsstreits, Treu und Glauben, Gelegenheit zur Stellungnahme**

**Schlagworte:**

Berufung, Gutachten, Hinterlegung, Widerspruch, Streitwert, Mangelbeseitigung, Auslegung, Vollstreckung, Mangel, Erstattung, Beweislast, Feststellung, Zahlung, Vereinbarung, Kosten des Rechtsstreits, Treu und Glauben, Gelegenheit zur Stellungnahme

**Vorinstanz:**

LG Ansbach, Urteil vom 23.12.2021 – 3 O 729/15

**Rechtsmittelinstanz:**

BGH, Urteil vom 27.11.2025 – VII ZR 112/24

**Tenor**

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Ansbach vom 23.12.2021 (3 O 729/15 Bau) in Ziffern 1 und 2 wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Kostenvorschuss in Höhe von 80.000 Euro nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 23.7.2015 zu zahlen.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger 2/3 aller etwaigen Kosten zu erstatten, die ihm durch die Sanierung der F entstehen.

Hinsichtlich der diesbezüglichen Mehrforderungen wird die Klage abgewiesen.

II. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen einschließlich der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens Az. 3 OH 189/13 Bau des Landgerichts Ansbach tragen die Beklagte 2/3 und der Kläger ein Drittel.

Die Klagepartei trägt ein Drittel der außergerichtlichen Kosten der Streithelferin in beiden Instanzen. Im Übrigen trägt die Streithelferin ihre außergerichtlichen Kosten selbst. III. Das angefochtene Urteil und das vorliegende Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

**Beschluss**

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 137.249,76 € festgesetzt.

**Entscheidungsgründe**

**A.**

**1**

Die Beklagte erstellte auf Grund eines Vertrages vom 10.8.2009 für den Kläger ein Fahrsilo her. Der Kläger stellte an dem im September 2010 fertig gestellten Silo eine Rissbildung fest. Nach Abschluss eines selbständigen Beweisverfahrens verlangt der Kläger einen Vorschuss zu Mängelbeseitigung.

**B.**

**2**

Das Landgericht Ansbach hat die Beklagte zur Zahlung eines Vorschusses von 120.000 Euro zu Beseitigung von Mängeln und zur Erstattung von Sachverständigenkosten nebst Zinsen verurteilt.

- Das Landgericht ging von einer vertraglich vereinbarten möglichen Rissbreite von 0,25 mm aus. Der Widerspruch des Beklagten hiergegen sei weder glaubhaft noch glaubwürdig noch nachvollziehbar.
- Der Sachverständige habe Überschreitungen festgestellt. Er habe Rissbreiten von 0,3 und 4 mm gemessen, sowie Risslängen von teilweise mehreren Metern Länge auf der gesamten Oberfläche der Bodenplatte.
- Der Sachverständige habe spätere Rissausweitungen nicht festgestellt.
- Die Bohrkernproben seien ordnungsgemäß gezogen worden. Die Behauptung des Zeugen ... dazu, dass die Bohrkernproben nicht stabilisiert worden seien, sah das Landgericht als nicht erwiesen an.
- Zweifel an den Feststellungen hätten sich auch durch die Einvernahme des im Beweissicherungsverfahren tätigen Zeugen S nicht ergeben.
- Es bestehe keine Notwendigkeit, die Frage nach weiteren Mängeln zu beantworten.
- Insbesondere Fragen des Anstrichs seien nicht zu beantworten. Ein Schutzanstrich sei nur für die Überbrückung zulässiger Rissbreiten möglich. Diese seien aber vorliegend überschritten. Für eine Überbrückung seien Beschichtungen notwendig.
- Die Höhe der Kosten sei zuletzt unstreitig gewesen.
- Ein Abzug „Neu für Alt“ komme nicht in Betracht, weil eventuelle Vorteile alleine auf der Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen.
- Die Kosten der Begutachtung durch einen Sachverständigen seien als Teil der Mängelbeseitigungskosten vom Beklagten zu tragen.
- Der Feststellungsantrag sei begründet.

### 3

Auf die tatsächlichen Feststellungen auch zu den in der ersten Instanz gestellten Anträgen und die Entscheidungsgründe im angefochtenen Urteil wird im Übrigen Bezug genommen, § 540 I ZPO.

C.

### 4

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klageanweisungsantrag weiter.

- Die Sondervereinbarung der Anlage K 13 sei nicht beachtet worden (Bl. 711). Diese sei nicht nur unterzeichnet, sondern auch in Vollzug gesetzt worden. Die Zahlung sei bei der Beklagten eingegangen (Bl. 711).
- Die Berufungsbegründung macht Ausführungen zu der vereinbarten Rissbreite von 0,25 mm (Bl. 711).
- Die Beklagte erhebt Einwände gegen die Feststellungen des gerichtlichen Gutachters. Insbesondere sei das Ergebnis des selbständigen Beweisverfahrens nicht ausreichend berücksichtigt worden. Das damals eingeholte Gutachten stehe dem im Hauptsacheverfahren erhaltenen Gutachten des Sachverständigen S diametral gegenüber (Bl. 712). Widersprüche zum Privatgutachter R seien nicht aufgeklärt worden. Es habe keine Erklärung dafür gegeben, dass der Sachverständige plötzlich ausgetauscht worden sei. Das Verfahren des Sachverständigen sei nicht korrekt, sowohl was die Entnahme nicht stabilisierter Bohrkernproben als auch was die Messungen betreffe. Schäden am Beton resultierten aus einer mangelhaften Beschichtung, die wiederum nicht Aufgabe der Beklagten gewesen sei. Risse seien der Stahlbetonbauweise immanent. Diese erfordere eine überbrückende Beschichtung. Zudem sei mangelnde Wartung eine Schadensursache. In den Bereichen ohne Schutzschicht sei der Beton durch aggressive chemische Materialien beschädigt und zum Teil zerstört. Das habe sich aus dem selbständigen Beweisverfahren ergeben.
- Das Landgericht habe den Einwand der Vorteilsausgleichung nicht korrekt berücksichtigt. Der vorliegend behauptete Mangel habe nicht zu einer Nutzungseinschränkung geführt, da das Silo dicht gewesen und benutzt worden sei. Bei einer planmäßigen Nutzung über eine Dauer von 14 Jahren und einer tatsächlichen Nutzung über 13 Jahre erhalte der Kläger einen zu berücksichtigenden Vorteil. Die Beklagte verweist auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg (19.2.2015; 2 U 49/13). Für den Kläger entstehe auch

dort ein Vorteil, wo nur zulässige Risse festgestellt worden seien. Das Gericht hätte hier Kostenblöcke zu unterscheiden gehabt (Bl. 719).

## 5

Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,

das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

## 6

Der Kläger beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

## 7

Der Kläger meint, dass die Beklagte mit ihrem Vorbringen ausgeschlossen sei, da sie keinen Tatbestandsberichtigungsantrag gestellt habe (Bl. 730). Sie versuche vergebens, das Beweisergebnis des Sachverständigen S durch die Ansichten ihres Bauleiters R zu ersetzen. Der Kläger habe das Silo bestimmungsgemäß benutzt, aber die Leistung der Beklagten nicht abgenommen. Die Vereinbarung der Anlage K 13 betreffe nur die Erstbeschichtung. Einen Widerspruch zwischen den Gutachten gebe es nicht. Der Sachverständige S habe die Risse gar nicht untersucht und sich geweigert, diese zur Kenntnis zu nehmen. Zweifel bei der Messung der Rissbreiten gingen zu Lasten der Beklagten, da diese wegen fehlender Abnahme die Beweislast für die mangelfreie Herstellung treffe. Die Verzögerung der Mangelbeseitigung könne nicht zu einem Vorteilsausgleich für die Beklagte führen. Die Kostensteigerung durch die Verzögerung müsse zu Lasten der Beklagten gehen. Auf eine Nutzungsmöglichkeit komme es nicht an. Diese sei auch nicht einschränkungslos gegeben gewesen. Der Kläger müsse über kurz oder lang mit Problemen mit dem Wasserwirtschaftsamt rechnen. Der Schutzanstrich stehe mit der Rissbildung in keinem kausalen Zusammenhang.

## 8

Im Übrigen wird auf die Berufungsbegründung vom 22.2.2022 (Bl. 710), deren Ergänzung in den Schriftsätzen vom 7.4.22 (Bl. 741), 8.12.2023 (Bl. 762) sowie die Berufungserwiderung vom 22.3.22 (Bl. 727), deren weitere Schriftsätze vom 21.11.2023 (Bl. 759), und die Niederschrift vom 6.3.2024 sowie den Hinweis aus der Verfügung vom 17.11.2023 (Bl. 755) Bezug genommen. Die Klagepartei hat den Schriftsatz vom 7.3.2024 (Bl. 769) nachgereicht.

D.

## 9

Die Berufung ist zulässig. Insbesondere wurde sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet, §§ 511, 517, 519, 520 ZPO. Die Zustellung des Urteils erfolgte am 27.12.2021 an die Beklagtenvertreter. Die Berufung ging am 26.1.21 bei Gericht ein. Die Berufungsbegründung ging am 22.2.2022 bei Gericht ein.

E.

## 10

Die Berufung ist teilweise begründet.

## 11

I. Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte dagegen, dass der Klagepartei ein Anspruch auf Vorschuss zur Mangelbeseitigung dem Grunde nach zuerkannt wurde.

1. Mangel

## 12

Das Landgericht hat zu Recht festgestellt, dass das von der Beklagtenpartei errichtete Werk mangelhaft ist, weil die vereinbarten zulässigen Rissbreiten überschritten wurden. Das Landgericht hat sich von der Mangelhaftigkeit eine Überzeugung gebildet, sodass sich die Frage nach einer Beweislast der Beklagten für die Mangelfreiheit mangels Abnahme nicht stellt.

## 13

a) Das Landgericht ist zu Recht von einer vereinbarten zulässigen Rissbreite von maximal 0,25 mm ausgegangen.

#### 14

Der Senat geht davon aus, dass diese Feststellung von der Berufungsbegründung nicht angegriffen wird und daher unstreitig ist, weil die Berufungsbegründung selbst auf einen entsprechenden Vortrag des Klägers hinweist und Zeugenbeweis dafür anbietet, dass von einer kalkulatorischen Rissbreite von 0,25 mm die Rede gewesen sei (Bl. 711).

#### 15

(a) Die Beklagte kann sich gegenüber einer vereinbarten Rissbreite nicht darauf berufen (Bl. 714), dass nach einem DBV-Merkblatt einzelne Risse, die etwa 0,1 bis 0,2 mm breiter sind als „die Rechenwerte“, nicht zu vermeiden und damit vom Kläger zu dulden sind. Dass die Parteien eine derart einschränkende Auslegung ihrer Vereinbarung gewollt haben könnten, wurde nicht ausreichend begründet.

#### 16

(b) Angesichts einer vereinbarten Rissbreite fehlt auch eine Grundlage für die Heranziehung einer mittleren Rissbreite von 0,3 mm, die nach Darstellung der Beklagten beim Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung maßgeblich sein soll (Bl. 717).

#### 17

(c) Die Bedeutung der vertraglichen Vereinbarung kann schließlich auch nicht dadurch relativiert werden, dass die Berufungsbegründung meint, dass das Bauwerk durch seine ständige Nutzung über 10 Jahre zwar gelitten, aber dennoch gezeigt habe, für die beabsichtigte Nutzung absolut tauglich gewesen zu sein.

#### 18

b) Das Landgericht hat festgestellt, dass die zulässige Rissbreite großflächig überschritten wurde.

#### 19

(a) Nach § 529 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und der Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten.

#### 20

(b) Das Vorbringen in der Berufungsbegründung rechtfertigt keine neuen Feststellungen.

#### 21

aa) Die Fortsetzung der Beweisaufnahme unter Beauftragung des Sachverständigen D an Stelle des im selbständigen Beweisverfahren tätigen Sachverständigen D durch das Landgericht stellt keinen Grund dar, die Beweisergebnisse von vorneherein nicht anzuerkennen.

- Nach dem Akteninhalt beantragte der Klägervertreter mit Schriftsatz vom 5.7.2016 (Bl. 136) den Wechsel aus mehreren Gründen. Dem widersetzte sich der Beklagtenvertreter mit Schriftsatz vom 12.7.2016 (Bl. 137). Im Beweisbeschluss vom 23.8.2016 wurde dann die Begutachtung durch den Sachverständigen D angeordnet, ohne auf den Streit einzugehen (Bl. 140). Noch vor Beginn der Begutachtung lehnte der nach Richterwechsel nunmehr zuständige Vorsitzende des Landgerichts ohne förmliche Entscheidung einen erneuten Wechsel oder eine Wiederbeauftragung des alten Sachverständigen ab. Das Landgericht gab aber den Parteien mit Verfügung vom 1.10.2017 (Bl. 195) Gelegenheit zur Stellungnahme, ob die Akten zur Verhandlung über diese Frage zurückgefordert werden sollten. Es folgten eine wiederholende Stellungnahme der Beklagtenpartei, eine Terminierung, ein erfolgloses Ablehnungsverfahren seitens des Klägers gegen den entscheidenden Richter und ein ebensolches seitens der Beklagten, in dem auch der Wechsel des Sachverständigen thematisiert wurde. Im Ergebnis blieb es bei der getroffenen Entscheidung.

- Bei dieser Sachlage ist keine Rechtsgrundlage ersichtlich, warum die Ergebnisse von vorneherein nicht anzuerkennen sein sollten, auch wenn die Entscheidung über die Beauftragung des Sachverständigen D letztlich nicht begründet wurde. Die Berufungsbegründung zeigt weder Zweifel an der generellen Kompetenz noch an der Unparteilichkeit des Sachverständigen auf. Auf die von der Berufungsbegründung behaupteten inhaltlichen Widersprüche zwischen den Gutachten des Sachverständigen und des Sachverständigen S ist gesondert einzugehen.

#### 22

bb) Der Einwand der Beklagten, dass bei der Beweismwürdigung durch das Landgericht die Ergebnisse des selbständigen Beweisverfahrens nicht berücksichtigt worden seien (Bl. 711), ist unbegründet.

- Eine Durchsicht des Inhalts der beigezogenen Akte 3 OH 189/13 ergibt keine den gerichtlichen Feststellungen direkt entgegenstehende Erkenntnisse. In diesem Verfahren wurde das schriftliche Gutachten vom 24.5.2014 (Bl. 63) vorgelegt. Danach wurde keine netzartige Rissbildung vorgefunden (Bl. 82). Der aufgetragene Schutzanstrich könne aufgetretene Risse verschlossen haben. An den Seitenwänden wurden zwei größere und diagonal verlaufende Risse vorgefunden (Bl. 86). Eine Ursache für die Rissbildung könne nicht eindeutig festgestellt werden (Bl. 87). Die Ermittlung der statisch erforderlichen Bewehrung sowie der Bewehrung zur Beschränkung der Rissbreite seien richtig. (Bl. 93). Es wurde nicht geprüft, inwieweit die erforderliche Bewehrung im Bauteil vorhanden ist. (Bl. 93). Der Sachverständige kam zum Ergebnis, dass keine mindere Betonqualität vorliege (Bl. 94).

- Die Behauptung der Beklagten, dass die vorgefundenen Risse systemimmanent seien und sich die Rissbreite im Bereich der gemäß Vertrag und DIN zulässigen Rissbreite bewegt habe (Bl. 98), wurde vom Sachverständigen nur ansatzweise überprüft: Der Sachverständige bestätigte, dass Risse zur Stahlbetonbauweise gehören (Bl. 99). Der Sachverständige bestätigte, dass ein Betonabtrag aus einem fehlenden Schutzanstrich des Betons resultiere.

- Diese Feststellungen stehen nicht im Widerspruch zu den landgerichtlichen Feststellungen, weil sie in zweifacher Weise eingeschränkt sind. Zum einen verweist der Sachverständige auf die Möglichkeit, dass der Schutzanstrich aufgetretene Risse verschlossen haben könne. Zum anderen wurde nicht geprüft, ob die erforderliche Bewehrung tatsächlich vorhanden ist. Deren Bedeutung für die Frage der Rissbildung erläuterte der Sachverständige S dann bei seiner späteren Anhörung (s.u.).

- Auch soweit sich die Berufungsbegründung auf die folgende Zusammenfassung beruft (Bl. 712), steht das der Feststellung von Rissen nicht entgegen:

„Der Beton des Fahrsilos entspricht den Anforderungen an derartige Bauwerke. Die Silowände sind ausreichend standsicher. Die vorgefundenen Schäden resultieren aus nicht fachgerecht aufgetragener notwendiger Beschichtung auf den Betonteilen. Die eingebauten Fugendichtungen haben kein allgemeines bauaufsichtliche Prüfzeugnis und dürfen in derartigen Fahrsilos nicht eingebaut werden.“

- Dem Sachverständigengutachten lag ein Untersuchungsbericht des TÜV ... vom 16.1.2014 bei. Hier ging es um die Feststellung der Druckfestigkeit. Es wurden weder Risse festgestellt noch ausgeschlossen.

- Dem Sachverständigengutachten lag ein weiteres Gutachten des Sachverständigen D vom 6.12.2013 bei. Das Gutachten beschäftigt sich mit der Eignung des Betons für eine Beschichtung und zu deren Folgen für den Zustand des Betons. Auf Seite 16 des Gutachtens heißt es zur Probe des Bohrkerns Nummer 13: Es ist deutlich eine gestörte Betonmatrix mit vielen Rissen und ausgelaugten Bereichen neben einer bereits desolaten Betonoberfläche elektronenoptisch zu erkennen.

- Der Sachverständige S wurde am 19.1.2015 mündlich angehört (Bl. 171-184). Im Mittelpunkt der Anhörung standen die Fragen der Beschichtung und der Eignung des Betons für die Beschichtung sowie die aus Mängeln des Betons und der Beschichtung resultierenden Betonabtragungen. Feststellungen, die den vom Landgericht im vorliegenden Hauptsacheverfahren hinsichtlich der Rissbildungen entgegenstehen könnten, lassen sich dem Protokoll nicht entnehmen.

## 23

a. Die Beklagte beruft sich hier (Bl. 713) auf folgenden Aussagenteil (BA Bl. 182): „Die Bilder auf Seite 6 und 7 sind vom Privatsachverständigen S. 2011 aufgenommen worden. Die Risse halte ich für Fröhschwinden. Sie sind üblicherweise nicht sehr tief und werden von der Beschichtung überbrückt.“ Die in Bezug genommenen Seiten finden sich im Gutachten des D zu den Ortsterminen Aug/Sept. 2011 der Anlage AST in der Akte des selbständigen Beweisverfahrens. Auch der Privatsachverständige geht bei diesen Bildern von Fröhschwinden aus (S. 5) und bezeichnet Schwindrisse als wesentliche Ursache für die fehlende Gebrauchstauglichkeit des Objekts.

## 24

b. Der Senat kann der zitierten Aussage des Sachverständigen S nicht entnehmen, dass dessen Aussage zur üblichen Tiefe von Schwindrissen auch im vorliegenden Fall zutrifft. Es fehlen auch Darlegungen, inwieweit die auf den Bildern abgebildeten Risse diejenigen Risse zeigen, die den erstinstanzlichen Feststellungen zugrunde liegen. Die Bezeichnung von Rissen als Schwindrisse ließe die Vertragswidrigkeit der Risse auch nicht entfallen.

## 25

c. Der Sachverständige S wurde am 8.6.2015 ergänzend angehört (Bl. 209). Die Anhörung wurde aber im Hinblick auf das einzuleitende Hauptsacheverfahren abgebrochen.

- Auch aus einer Gesamtschau der Beweisergebnisse des selbständigen Beweisverfahrens ergeben sich keine Zweifel an den im Hauptsacheverfahren getroffenen Feststellungen. Das liegt zum einen an anderen Untersuchungsschwerpunkten beider Verfahren. Zum anderen ist festzustellen, dass die Beweiserhebung im selbständigen Beweisverfahren noch nicht abgeschlossen war.

## 26

Daran ändert nichts, dass der Sachverständige S im Hauptsacheverfahren noch vernommen wurde. Er gab an, die Oberflächenzugfestigkeit nicht geprüft zu haben und auf Grundlage von Bildern keine Beurteilung der Haftzugfestigkeit treffen zu wollen (Bl. 119,120). Im Übrigen wies er auf theoretische Grundlagen hin, insbesondere darauf, dass die Haftzugfestigkeit von der Stahlbewehrung abhängig ist. Bei der Bemessung der rissbreitenbeschränkenden Bewehrung stellt danach die Betonfestigkeit, die im selbständigen Beweisverfahren als ausreichend bewertet worden war, nur einen von mehreren Faktoren dar.

## 27

cc) Die Kritik der Berufungsbegründung an den Messergebnissen auf Grund einer nicht fachgerechten Entnahme der Bohrkerne mangels einer Sicherung der Rissflanken bei der Entnahme ist unbegründet.

- Das Landgericht hat hierzu folgendes ausgeführt:

„Zum Einwand der Beklagten, dass die Bohrkerne hier nicht ordnungsgemäß gezogen worden wären, hat der Sachverständige ebenfalls darauf hingewiesen, dass diese nach den entsprechenden Regeln erfolgte und darauf hingewiesen, dass er auch diesbezüglich seit circa dem Jahr 2000 entsprechende Erfahrungen hat. Demgegenüber vermag die pauschale Behauptung des Zeugen R nicht zu überzeugen, der erklärte, dass die entnommenen Bohrkerne nicht stabilisiert worden seien. Hier lässt sich zum einen nicht entnehmen, worauf diese Feststellung konkret beruht. Im Gegensatz zum Sachverständigen, der aus Sicht des Gerichts als neutral zu betrachten ist, hat sich gezeigt, dass der Zeuge R ein erhebliches Eigeninteresse am Ausgang des Prozesses hat, insbesondere seine Fragestellungen als Vertreter der Beklagten im Termin am 7.12.21 hat dies gezeigt.“

- Die Berufungsbegründung kritisiert, dass der Bohrkern durch den rotierenden Bohrer mechanisch verändert wird und dem durch eine Stabilisierung mittels einer Vorbehandlung durch Epoxidharz entgegengewirkt hätte werden können (Bl. 715). Der vorgenommene Bohrvorgang habe zu einer Vergrößerung geführt. Der Sachverständige habe seine Anknüpfungstatsachen an veränderten Rissflanken ermittelt (Bl. 715). Die Erklärung des Sachverständigen zu einer Abweichung von der gängigen Lehrmeinung habe sich darauf beschränkt, dass er das seit vielen Jahren so mache.

- Tatsächlich hat der Sachverständige sich zum Einwand der Berufung im Ergänzungsgutachten vom 28.9.2021 (Bl. 624f) jedoch umfassend geäußert. Hierauf geht die Berufungsbegründung nicht ein. Insbesondere hat der Sachverständige ausgeführt, dass die Stabilisierung mit Epoxidharz vorliegend nicht möglich war, da der Bitumenanstrich bereits in die Risse eingedrungen war.

## 28

Der Verweis (Bl. 716) auf den Sachvortrag im Gutachten vom 17.7.2020 (des Dipl. Ing. (FH) C. R; Anlage der Beklagtenpartei) bringt keine zusätzlichen Erkenntnisse. Dort findet sich nur der Sachvortrag des Beklagtenvertreters zur Notwendigkeit stabilisierter Bohrkerne durch Verpressung mit Kunstharz. Die Berufungsbegründung behauptet zwar, dass der Zeuge R Quellenangaben für seine Forderung dargelegt hat (Bl. 715). Der Senat kann weder die Quellen noch deren Inhalt dem Gutachten entnehmen. Es fehlt aber insbesondere ein Vortrag, wie zu verfahren ist, wenn wie vorliegend die Risse einer Stabilisierung mit Kunstharz nicht zugänglich sind. Möglicherweise hat zudem die eingedrungene Bitumenbeschichtung ohnehin zu einer Stabilisierung geführt.

- Soweit das Landgericht die fehlende Unparteilichkeit des Zeugen R erwähnt hat, stellt dies nach Einschätzung des Senats kein tragendes Element der Urteilbegründung dar.

## 29

Die Ausführungen des Sachverständigen im Ergänzungsgutachten begründen die Richtigkeit der Entscheidung auch für sich allein. Es kann daher dahinstehen, ob die Ausführungen der Berufungsbegründung (Bl. 716) die Glaubwürdigkeit des Zeugen begründen können.

**30**

dd) Die abstrakten Ausführungen der Berufungsbegründung zur Schwierigkeit einer Messung mit einer Schablone mit einer Unterteilung der Skala in 0,05 mm-Schritten (Bl. 714) sind nicht geeignet, die Messungen des Sachverständigen in Frage zu stellen. Der Senat hat keine Anhaltspunkte dafür, dass der Sachverständige zu einer Messung nicht in der Lage gewesen sein könnte.

**31**

ee) Den Ausführungen der Berufungsbegründung zur Existenz von Bohrkernen mit deutlich geringeren Rissbreiten lassen nicht erkennen, dass dadurch die Feststellungen mit größeren Rissbreiten bei anderen Bohrkernen in Frage zu stellen wären.

**32**

Die Berufungsbegründung zeigt auch nicht auf, dass sich aus den unterschiedlichen Bohrkernen sinnvoll Teilbereiche definieren lassen, in denen eine Nachbesserung nicht notwendig wäre und dadurch Kosten gespart werden könnten.

**33**

ff) Der Senat kann auch der Zeugenaussage des Bauingenieurs R keine Angaben entnehmen, die den Feststellungen des Landgerichts widersprechen würden. Der Zeuge bestätigte zwar die Entnahme nicht stabilisierter Bohrkern, gab aber selbst an, Risse nicht nur in der Wand, sondern auch in der Bodenplatte – zu verschiedenen Zeitpunkten – gesehen zu haben (Bl. 581).

**34**

gg) Dem Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses kann die Beklagte nicht entgegenhalten, dass sich der Beton möglicherweise durch das Fehlen von Wartungsmaßnahmen oder einer vom Kläger aufzubringende Beschichtung verschlechtert habe. Denn die Mangelbeseitigung ist unabhängig von sonstigen Schäden allein auf Grund der Rissbildung erforderlich.

**35**

Nach den Feststellungen des Landgerichts kommt eine Überbrückung von Rissen zudem nur bei zulässigen Rissbreiten in Betracht (Bl. 679).

## 2. Sondervereinbarung

**36**

Die Beklagte beruft sich ohne Erfolg auf die Vereinbarung der Anlage K 13 vom 7.7.2010, wonach partielle Fehlstellen im Bereich von Rissen, Beschädigungen, Poren etc. von der Gewährleistung ausgenommen seien und deren Beseitigung Angelegenheit des Bauherrn sei (Bl. 711).

**37**

a) Das Landgericht ist auf diese Vereinbarung in den Entscheidungsgründen nicht eingegangen.

**38**

b) Der Kläger selbst legte diese „Vereinbarung“ bereits in der Klage vor, um zu belegen, dass die Beklagte auch die Garantie für die Erstbeschichtung übernommen habe (Bl. 12). Dem trat die Beklagte entgegen (Bl. 21ff). In der Berufungserwiderung stellt der Kläger den Vereinbarungskarakter der Anlage K 13 in Frage. Bei der Anlage handle es sich nur um eine EMail des Bauleiters R. Bei der von der Berufungsbegründung zitierten Passage gehe es jedenfalls nur um die Erstbeschichtung.

**39**

c) Der Senat kann dem Wortlaut des Schreibens keine Einschränkung der Gewährleistungsrechte des Klägers entnehmen, da der von der Berufungsbegründung zitierten Passage folgender Text vorangestellt war: „Im Gegenzug gewährleistet die Fa. W, dass das Material sich im nächsten Jahr nicht großflächig vom Untergrund ablöst (siehe beiliegenden Bild).“ Damit ergibt sich eindeutig, dass jedenfalls durch die zitierte Passage keine Einschränkung der ursprünglichen Gewährleistung gewollt war.

**40**

Aber auch sonst stellt sich die gesamte Vorgehensweise der Parteien, die zu einer Beschichtung durch die Beklagte und Zahlungen der Parteien zum damaligen Zeitpunkt führte, nicht als abschließende Regelung einer Gewährleistungsfrage dar, sondern als Versuch, die Probleme ohne Generalanierung zu lösen. Eine Regelung für den Fall des ausbleibenden Erfolgs der Beschichtung haben die Parteien nicht getroffen.

### 3. Verjährung

#### 41

Die Entscheidung des Landgerichts zur Frage der Verjährung wurde von der Berufungsbegründung nicht angegriffen.

#### 42

II. Die Höhe des zur Mängelbeseitigung erforderlichen Vorschusses von 120.000 Euro war in erster Instanz unstrittig und wird auch von der Berufungsbegründung nicht angezweifelt.

#### 43

III. Die Beklagte macht jedoch mit Erfolg geltend, dass der Vorschussanspruch wegen einer vorzunehmenden Vorteilsausgleichung zu beschränken ist. Dies gilt in gleicher Weise für den Vorschussanspruch wie für den Feststellungsanspruch.

#### 44

1. Das Landgericht hat hier im Ausgangspunkt zu Recht angenommen, dass im Grundsatz ein Abzug neu für alt nicht vorzunehmen ist, wenn der Unternehmer seine geschuldete Mängelbeseitigung verzögert. Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH, wonach eine Anrechnung jedenfalls dann nicht in Betracht kommt, wenn diese Vorteile ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen musste (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 – VII ZR 169/82 –, BGHZ 91, 206-217).

#### 45

2. In der zitierten Entscheidung hat der BGH jedoch die Möglichkeit einer Ausnahme hiervon für möglich gehalten für den Fall, dass sich die Mängel erst verhältnismäßig spät ausgewirkt haben und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste. In solchen Fällen könnte es nach Treu und Glauben geboten sein, die mit der Nachbesserung erzielte längere Lebensdauer sowie den ersparten Instandhaltungsaufwand anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Einen solchen Ausnahmefall hat das Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt in seinem Urteil vom 19. Februar 2015 (2 U 49/13, juris) an- und eine Kürzung vorgenommen.

#### 46

Dieser Rechtsprechung liegt die Ansicht des BGH zugrunde, dass der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung aus dem in BGB § 242 festgelegten Grundsatz von Treu und Glauben folgt. Das in ihm verkörperte Gerechtigkeitsgebot komme auch außerhalb des Schadensersatzrechts in zahlreichen anderen Vorschriften zum Ausdruck und sei deshalb auf Nachbesserungsansprüche und Kostenerstattungsansprüche gemäß BGB § 633 Abs. 2, BGB § 633 Abs. 3, VOB B § 13 Nr. 5 entsprechend anzuwenden.

#### 47

3. Der Senat hält im Rahmen einer Abwägung einen Abschlag von einem Drittel für erforderlich, da die durch die vorliegende Verurteilung zu einer Vorschusszahlung ermöglichte Neuherstellung eine wesentliche Verlängerung der bei vertragsgemäßer Leistung der Beklagten vorhersehbaren Nutzungsdauer ermöglicht und dies nicht nur auf einer Verweigerung der Nachbesserung durch die Beklagte beruht.

#### 48

a) Der Senat geht von einer gewöhnlichen technischen Nutzungsdauer des Fahrsilos von ca. 16 Jahren aus. Dies ergibt sich aus den Ausführungen des Sachverständigen D im Gutachten vom 28.9.2021 (Bl. 626), der eine Spanne von 14 bis 16 Jahren für nachvollziehbar hält. Die Beklagte hat ihre weitergehende Behauptung (Bl. 23) von einer zu erwartenden Nutzungszeit von nur 14 Jahren nicht bewiesen. Auch von einer höheren Nutzungszeit ist demnach nicht auszugehen.

#### 49

b) Die Klagepartei hat das Silo seit 2010 genutzt. Für ihre weitergehende Behauptung (Bl. 22) einer Nutzung, zumindest der rechten Hälfte des Silos – bereits seit 2009 hat die Beklagte mit Ausnahme von

angekündigten Fotos keinen Beweis angetreten. Unstreitig hat die Beklagte erst in der Zeit vom 27.7.2010 bis 7.9.2010 auf Grund der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung die Erstbeschichtung des Silos hergestellt (Bl. 11).

**50**

c) Die Klagepartei konnte das Silo ohne wesentliche Gebrauchsbeeinträchtigungen nutzen.

**51**

Auch auf den Hinweis des Senats auf die Möglichkeit einer Anrechnung von Nutzungsvorteilen mit Verfügung vom 17.11.2023 hat die Klagepartei nur vorgetragen, dass sie sich jahrelang mit einem stark rissigen Fahrsilo habe begnügen müssen und während der ganzen Zeitspanne in der Gefahr einer potentiell existenzgefährdenden Betriebsschließung durch das Umweltamt wegen möglicher Grundwasserbeeinträchtigungen gestanden habe, da Undichtigkeiten nicht auszuschließen seien (Bl. 760). Diese abstrakte Gefahr, die zwar von Anfang an bestand, hat aber zu keinen konkreten Betriebseinschränkungen geführt.

**52**

Die vom Kläger vorgenommenen jährlichen Beschichtungen waren ohnehin notwendig und dienten nicht der Beseitigung dieser Gefahr, sondern waren ohnehin zum Schutz des Betons notwendig.

**53**

d) Diese abstrakte Gefahr einer Betriebsschließung hat der Kläger trotz der von Anfang an vorhandenen Kenntnis von Rissen jedenfalls zunächst hingenommen und den Kaufpreis am 15.9.2010 gezahlt. Dies rechtfertigt es, die Zeit seit der Kaufpreiszahlung bis zur Klageerhebung im Wege des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen. Der Kläger hat zwar bereits am 6.2.2013 das selbständige Beweisverfahren eingeleitet und einen Kostenvorschuss mit Schreiben vom 1.6.2015 (Anlage K 48) geltend gemacht. Eine ausdrückliche Frist zur Mängelbeseitigung ergibt sich aber erst aus der vorliegenden Klageschrift vom 16.7.2015.

**54**

e) Die weitere Zeit und die mit ihrem Verstreichen verbundene Verteuerung der Kosten ist hingegen allein der Weigerung der Beklagten zuzurechnen.

**55**

IV. Der Kläger hat Anspruch auf Rechtshängigkeitszinsen ab 23.7.2015. Einen früheren Verzugseintritt hat er nicht dargelegt, da der Vorschussanspruch nicht vor der Setzung einer Frist zur Nachbesserung mit der Klageschrift entstanden ist.

**56**

V. Gegen die Verurteilung zur Zahlung der Sachverständigenkosten nebst Zinsen hat die Beklagte keine Einwände erhoben. In Analogie zu § 96 ZPO sieht der Senat keine Veranlassung den Kostenerstattungsanspruch der Klagepartei wegen des in der Hauptsache vorgenommenen Vorteilsausgleichs zu beschränken.

F.

**57**

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91,92, ZPO.

**58**

Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit erfolgt gemäß § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

**59**

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 ZPO. Gegenstand des Rechtsstreits ist die Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung in einem Einzelfall. Der Senat wendet die zitierte Rechtsprechung des BGH auf den vorliegenden Fall an.